

Roj: **STS 3619/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3619**Id Cendoj: **28079120012017100692**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/10/2017**Nº de Recurso: **2149/2016**Nº de Resolución: **674/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 16 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **D. Germán** representado por la procuradora Dña. Inés Guevara Romero y defendido por el letrado D. José María Caballero Salinas; **D. Ovidio y Carlos José** ambos representados por el procurador D. Juan García Torres, y defendido por Mónica Moya Sánchez; y la acusación particular de D. Belarmino y Carolina representados por la procuradora Dña. Aurora Gutiérrez Martín y defendidos por la letrada Dña. Aurora Caparrós Moreno; contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, de fecha 15 de julio de 2016, que les condenó por delitos de detención ilegal, asesinato, contra la salud pública y tenencia de explosivos, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida **D. Higinio y Teodosio** ambos representados por el procurador D. Rafael Ángel Palma Crespo; **D. Ángel**, representado por la procuradora Dña. Fátima Dema Jiménez; y **Dña. María Rosa** representada por el procurador D. Juan García Torres.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 5 de Almería, instruyó Sumario 8/2011 contra **Germán, Ovidio y Carlos José y otros no recurrentes**, por delito de detención ilegal, asesinato, contra la salud pública y tenencia de explosivos, y una vez concluyó lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, que con fecha 15 de julio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "PRIMERO.- En un periodo comprendido entre febrero y mayo de 2008, los procesados D. Jaime, D. Teodosio y D. Germán y D. Juan Carlos, el primero de ellos tío de los hermanos Ovidio Teodosio Germán, eran investigados entre otras personas por a Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Almería, en relación con una operación proyectada con ciudadanos marroquíes no identificados para traer a la península desde Marruecos un cargamento de hachís; como contacto de estos últimos en España se investigaba asimismo al procesado D. Omar Higinio.

Una vez introducido el hachís en España, dicha sustancia fue sustraída por persona o personas no identificadas entre los meses de mayo y junio. Al detectarse la desaparición del hachís y tras intentar averiguar a quién había sido debida, D. Jaime y D. Germán llegaron a la conclusión de que había sido llevada a cabo por D. Juan Carlos, por lo que resolvieron sorprenderle, retenerle y obligarle por la fuerza a devolverles la sustancia en cuestión. Para ello, a primeras horas de la tarde del 17 de julio del año antes indicado, D. Jaime y D. Germán, en unión de otras personas no identificadas, se apostaron en las inmediaciones del acceso a la vivienda de D. Juan Carlos, sita en la CALLE000 de Matar, esperando la llegada de éste.

D. Juan Carlos llegó a su domicilio aproximadamente entre las 16 y 16,30 horas conduciendo el automóvil Audi RS4 matrícula ...HGW, propiedad de la empresa "Jaenal Cars", de la que era socio. Cuando se aproximaba a la entrada, le abordaron, lo redujeron y le llevaron a un lugar no determinado entre Níjar y Campohermoso, trasladando allí también el automóvil ...HGW, donde le retuvieron durante toda la tarde hasta pasada la



medianoche interrogándole, golpeándole y maltratándole físicamente para compelerle a decirles dónde estaba la droga desaparecida, sin obtener el resultado buscado. Ante ello, finalmente, uno de los que le retenían, hallándose de acuerdo tanto D. Jaime como D. Germán, le disparó al corazón con un arma de fuego de calibre 9 mm, causándole la muerte y, a continuación, le trasladaron hasta una vía de servicio junto al km 368 de la autovía A92, sentido Almería, término municipal de Gérgal, llevando también el automóvil ....HGW que éste había venido usando; dejaron su cuerpo en el asiento trasero del mismo y prendieron fuego al coche, que quedó completamente calcinado.

D. Juan Carlos, hijo de D. Belarmino y Da Carolina, había nacido el NUM000 de 1974; estaba casado con Da Sandra y tenía dos hijos menores de edad.

El valor venal del vehículo ....HGW ascendía a 38.000 euros, cuyo importe no se reclama.

No consta acreditado que en los hechos descritos tuvieran participación los procesados D. Teodosio, D. Ovidio, D. Ángel y D. Higinio.

SEGUNDO.- El día 20 de julio de 2008, los procesados D. Carlos José y D. Ovidio, padre e hijo respectivamente y, a su vez, padre y hermano respectivamente de D. Teodosio y D. Germán, guardaban en su domicilio habitual, sito en CALLE001 NUM001 de San Isidro-Níjar, 25 piezas de hachís, 10 de las cuales presentaban un THC de 15,56%, 977 gramos de peso y valor estimado en 4.987,22 euros, en tanto las otras 15 presentaban un THC de 8,06%, 1.534 gramos de peso y valor estimado en 2.146,06 euros; dichos acusados proyectaban destinar las sustancias a su distribución entre terceras personas.

El hachís fue descubierto por agentes de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Almería cuando, autorizados por el Juzgado de Instrucción, efectuaron un registro en la vivienda en la mañana del día antes indicado, a partir de las 9,30 horas, 8 tabletas se hallaban en la sala de estar, y, en cuanto a las 17 restantes, el procesado D. Carlos José las tomó en el transcurso del registro y, a fin de evitar su hallazgo por los agentes de la autoridad, las arrojó por encima de la tapia del patio, no obstante lo cual fueron intervenidas al ser observada su acción por uno de los guardias.

No consta que tuviera participación alguna en la posesión de la referida sustancia la procesada Da María Rosa, esposa de D. Carlos José y madre de los hermanos Ovidio Teodosio Germán, la cual vivía en el mismo inmueble con éstos.

TERCERO.- En la misma fecha, el procesado D. Ovidio tenía bajo su posesión guardados en la sala de su domicilio 7 cebos detonadores pirotécnicos, que fueron hallados con ocasión del registro domiciliario antes referido, careciendo el mismo de autorización o licencia alguna para su tenencia.

No constan que dichos cebos pertenecieran también a los procesados D. Carlos José y Da María Rosa.

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Debemos condenar y condenamos a los procesados D. Jaime y D. Germán, como autores responsables de un delito de detención ilegal; un delito de asesinato cualificado por la alevosía y un delito de daños ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas:

A) Por el delito de detención ilegal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SIETE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

B) Por el delito de asesinato, a la pena de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

C) Por el delito de daños, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

2. Debemos condenar y condenamos al procesado D. Ovidio, como autor de un delito contra la salud pública por sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y de un delito de tenencia de explosivos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas:

A) Por el delito contra la salud pública, a las penas de TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE CATORCE MIL EUROS con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago e insolvencia.

B) Por el delito de tenencia de explosivos, a la pena de TRES AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

3. Debemos condenar y condenamos al procesado D. Carlos José, como autor de un delito contra la salud pública por sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la



accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE CATORCE MIL EUROS con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago e insolvencia.

4. Debemos absolver y absolvemos a los procesados D. Teodosio , D. Ovidio , D. Ángel y D. Higinio del delito de detención ilegal que se les imputa.

5. Debemos absolver y absolvemos a los procesados D. Teodosio , D. Ovidio y D. Ángel de los delitos de asesinato y de daños que se les imputan.

6. Debemos absolver y absolvemos al procesado D. Carlos José del delito de tenencia de explosivos que se le imputa.

7. Debemos absolver y absolvemos a la procesada Da María Rosa de los delitos contra la salud pública y de tenencia de explosivos que se le imputan.

8. Se acuerda el COMISO de la sustancia y explosivos intervenidos.

9. Condenamos a los procesados D. Jaime y D. Germán a que, conjunta y solidariamente, satisfagan las siguientes indemnizaciones por el fallecimiento de D. Juan Carlos :

A) A favor de cada uno de sus dos hijos menores de edad, la suma de CIENTO MIL EUROS.

B) A favor de su viuda Da Sandra , la suma de CINCUENTA MIL EUROS.

C) A favor de sus padres D. Belarmino y Da Carolina , la suma de QUINCE MIL EUROS.

10. En cuanto a las costas procesales, imponemos a D. Jaime 17/150; a D. Germán , 17/150; a D. Ovidio , 2/15 (20/150), y a D. Carlos José 1/15 (10/150), declarándose de oficio los 43/75 (86/150) restantes.

A los condenados les será de abono el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

En cuanto a su solvencia, estése al resultado de las piezas de responsabilidad civil.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de Germán , D. Ovidio , Carlos José y la acusación particular de D. Belarmino y Carolina , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación la acusación particular de Belarmino y Carolina :

PRIMERO.- Lo interpone el recurrente por vulneración de derechos fundamentales, art. 24 CE , falta de tutela judicial efectiva causando indefensión.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º Lecrim . por aplicación improcedente de la atenuante de dilaciones indebidas a todos los penados.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECRim . por no aplicación a los procesados los preceptos penales correspondientes a los diversos delitos por los que fueron acusados.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECRim ., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Germán :

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y/o del artículo 852 LECRim ., consistente en la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, reconocido en el artículo 18.3 de la CE .

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y/o del art. 852 LECRim . por vulneración del artículo 24 de la Constitución , en cuanto en el se recoge el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 368 del Código Penal .

La representación de Ovidio y Carlos José :

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 18.3 CE relativo al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ .



SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE relativo a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 de la LECRim ., por indebida aplicación del art. 368 del Código Penal .

La representación de Ovidio y Carlos José :

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 18.3 CE relativa al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en relación con el artículo 18.3 CE relativa al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ .

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE relativo a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE relativo a la presunción de inocencia.

CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECRim ., en aplicación del art. 21.6 CP en relación con el art. 66.2 del mismo cuerpo legal .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 12 de julio de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 26 de septiembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La sentencia objeto de la presente casación condena a los recurrentes como autores de un delito de secuestro, otro de asesinato, otro de daños, otro contra la salud pública y otro de tenencia de explosivos. Se formaliza una oposición por la acusación particular que insta la condena de un absuelto y un quebrantamiento de forma por denegación de una prueba testifical, impugnación que analizaremos en primer término. Los condenados también formalizan su oposición, básicamente, por vulneración de derechos fundamentales.

En síntesis el relato fáctico refiere que los acusados sospechaban del posteriormente fallecido como la persona que se había quedado con una partida de hachís por lo que decidieron su secuestro para obtener de él la información precisa sobre el paradero de la sustancia tóxica. Tras golpearlo para conseguir la información que requerían y no obtener resultados deciden matarlo y para ocultar su cuerpo alojarlo en el interior de un vehículo a que prenden fuego, causando unos daños que no han sido reclamados. En un registro domiciliario se intervienen hachís y explosivos que permiten la condena por los delitos de tenencia de explosivos y contra la salud pública.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE Belarmino Y Carolina

**PRIMERO.-** Denuncia de forma conjunta un quebrantamiento de forma, por denegación de prueba del art. 850.1 de la ley procesal , y la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por denegación de prueba causal a la indefensión de su condición de parte acusadora. Presenta un doble contenido, la incorporación al proceso de dos periciales fuera de plazo, oposición que se limita a presentar sin una argumentación correspondiente a la lesión que invoca. En otro apartado se refiere a un testigo que dice fue propuesto por la defensa y al que se adhirió la acusación el cual, en una carta que dice acompaña a su recurso, pero de lo que no hay constancia procesal, afirma la presencia de uno de los acusados absueltos y que ese testimonio era relevante por ser procedente para el enjuiciamiento del objeto deducido por la acusación.

El motivo se desestima. En cuanto a primer contenido de su alegación, porque no se argumenta en qué medida la incorporación de unas ampliaciones a la pericial del sumario ha causado indefensión al recurrente. En orden al testigo constatamos que el mismo no fue propuesto por la acusación, sino por las defensas, limitándose la acusación a hacer suya la prueba de la defensa, sin expresar su interés en proponerlo como testigo. En la instancia la defensa de los acusados renunciaron a su testimonio, y a la de otros, antes del juicio oral y la Sala acuerda su renuncia. Al inicio del juicio oral, la defensa de la acusación particular lo propone y el tribunal la rechaza porque no había sido propuesto en la forma prevista en la ley. Tampoco justifica la pertinencia de la prueba. Ahora, en casación, argumenta su pertinencia alegando que el referido testigo se había dirigido a la acusación particular participando haber sido testigo de los hechos y de la intervención de uno de los acusados que ha sido absuelto, siendo ese testigo víctima también de un secuestro por parte de ese acusado. Sin embargo, ni en la causa se expresó esa pertinencia ni ahora en casación se justifica, pese a la expresión



de la carta como documento que se acompaña, lo que no es cierto, de manera que no se ha justificado su relación con los hechos. Lo único que resulta es su declaración como persona objeto de la investigación en el delito contra la salud pública en la que niega los hechos de la imputación y conocer nada sobre la desaparición del posteriormente fallecido.

Con ese antecedente, su propia declaración, y sin justificar la relación del testigo con el objeto del proceso, la razón expresada por el tribunal de instancia es razonable y ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando se trata de una persona que no ha sido propuesta como testigo y que no se justifica su relación con el proceso y con los hechos objeto de este proceso. En orden a la pretensión de nulidad y la denuncia de indefensión hemos de atender a los criterios expuestos en la sentencia impugnada que argumenta sobre la improcedencia de la impugnación que ahora expone dadas las circunstancias concurrentes, un testigo que ha declarado en el juicio oral desconocer todo lo referido a la desaparición del posteriormente fallecido, que no ha sido propuesto como testigo y que no se razona, en el momento precedente, la necesidad de su testimonio. Ahora en casación pretende una justificación que carece de viabilidad alguna.

**SEGUNDO.-** Formaliza un segundo motivo por error de derecho al aplicar indebidamente la atenuación de dilaciones indebidas.

Es cierto, como señala el recurrente que la causa era compleja, como lo acredita el elevado título de imputaciones realizadas por varios delitos contra varios acusados, pero también lo es que la duración se ha prolongado en exceso, seis años, que el tribunal ha valorado como circunstancia de atenuación, proporcionando la pena al hecho del retraso en el ejercicio de la función jurisdiccional y tratando de compensar con la atenuación, que a la postre supone imponer la pena en el tramo inferior, el daño producido por una dilación indebida.

Seis años en el enjuiciamiento es un plazo largo para el enjuiciamiento que el tribunal ha entendido debe compensar con la atenuación, criterio que no es irrazonable por lo que no cabe declararlo erróneo.

**TERCERO.-** En el tercer motivo insta que declaremos un error de derecho respecto de los procesados absueltos que, a su juicio, debieron ser condenados por los delitos objeto de su acción penal. Sí respecto del acusado Teodosio, que sea condenado por delito de detención ilegal, asesinato, de daños, para lo que argumenta desde la prueba practicada respecto a la que realiza una revaloración instando la modificación del relato fáctico para incluirlo como autor de los hechos. De la misma manera respecto del acusado Ovidio, Ángel, María Rosa Carlos José y Higinio.

Esta sala no es un tribunal que pueda realizar una valoración directa de la prueba, porque no la ha presenciado y el art. 741 de la ley procesal penal precisa que corresponde al tribunal que ha percibido con inmediatez la prueba, su valoración. Esta Sala es un tribunal de revisión de la estructura racional de la prueba y la revisión del enjuiciamiento y de la sentencia atendiendo al contenido esencial de los derechos de las partes del enjuiciamiento, pero no puede confirmar un hecho probado sin haber presenciado la prueba del enjuiciamiento.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

**CUARTO.-** En el cuarto de los motivos formaliza una impugnación por error en la valoración de la prueba. No designa ningún documento sino que refiere una valoración de la prueba que a su juicio es la procedente.

Como acabamos de señalar no es esta la función de un tribunal de casación, la de valorar la prueba, sino la de comprobar el correcto funcionamiento del sistema, lo que constatamos a partir de la lectura de la sentencia.

RECURSO DE Germán

**QUINTO.-** Cuestiona en el primero de los motivos de la impugnación la legalidad de la intervención telefónica que entiende no se ajusta a las exigencias proclamadas por la jurisprudencia en orden a la motivación, al control judicial y a la presencialidad en la indagación de la ilicitud a través de la intervención telefónica. Tanto la sentencia impugnada como el recurso son prolijos en detallar las exigencias de la pesquisa realizada a partir de una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Se detalla en la resolución judicial que el origen de las intervenciones parte de una indagación anterior en una diligencias previas judicializadas en el juzgado nº 2 de Almería que realiza una investigación respecto de un delito contra la salud pública que se identifica con el nombre de "operación mácula". En el curso de la investigación se concreta una operación de transporte de hachís cuyo contenido ha desaparecido y se indaga sobre la persona que la haya podido sustraer. Esta información es relevante para conocer e investigar los posteriores hechos, el secuestro y posterior fallecimiento de uno de los investigados. El tribunal de instancia, siguiendo el Acuerdo de esta Sala, Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009, incorpora por testimonio aquellas actuaciones, para poder realizar un efectivo control de la injerencia, lo que realiza ya con plena jurisdicción. En esa actuación se ordena la injerencia telefónica sobre las personas respecto de las que se sospecha por su intervención en operaciones



de tráfico de drogas para lo que se constata es propietario de embarcaciones de alta velocidad con las que realiza varios viajes a Marruecos disponiendo de personas que trabajan para él y de su máxima confianza. Otro de los investigados, María , dispone de una finca cercana al mar donde se sospecha guardan los alijos y vehículos que emplean para su transporte.

Esos datos no indican una investigación prospectiva de un ilícito sino que ya existe una indagación, se localizan útiles especialmente hábiles para el transporte de la sustancia ilícita y se dispone de la intervención para apurar una investigación ya inicialmente dispuesta. Cuestiona en su alegación que la policía que investiga no participe cómo ha llegado al conocimiento de la ilicitud y de sus fuentes de conocimiento, extremo que es ajeno a la injerencia, pues el recurrente pudo indagar sobre ese extremo en el juicio oral, hasta el límite de la necesaria reserva en la función de investigación de delitos. Lo cierto es que el órgano de investigación propone al juez la resultancia de su indagación, los hechos que le llevan a solicitar, para apurar la investigación, la intervención telefónica, una vez que ha constatado que las iniciales sospechas se materializan en seguimientos y vigilancias que permiten la localización de efectos propios del hechos que se investiga.

El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución , en el que se admite su restricción mediante resolución judicial. No es preciso recordar ahora la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos que deben cumplirse para garantizar la validez constitucional de la resolución que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas de una persona concreta. Baste ahora insistir en que es necesaria una resolución judicial suficientemente motivada, especialmente en el aspecto fáctico, debiendo constar los indicios, entendidos como datos objetivos, que sugieran de forma razonable la alta probabilidad de la existencia de un delito y de la participación del sospechoso, de manera que la sospecha de quien solicita la intervención pueda considerarse adecuadamente fundada.

Cuando las intervenciones iniciales, de las que se obtienen los datos que permiten la intervención telefónica seguida en la causa, proceden de otras actuaciones judiciales, esta Sala ha señalado que los acusados pueden cuestionar la validez de aquellas iniciales, como antecedente necesario de las que directamente les afectan, por lo que la acusación debe ocuparse de que consten los datos necesarios para su examen mediante el suficiente testimonio de aquellas. Ha exigido igualmente que la defensa plantee la cuestión en momento hábil para ello, de forma que permita la reacción de la acusación (Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009 y STS nº 204/2016, de 10 de marzo ).

En el procedimiento obran las condiciones precisas para el examen de los indicios tenidos en cuenta para su adopción y los antecedentes de instrucciones anteriores a la que se inicia en el mes de febrero de 2010 y que origina estas diligencias. Las exigencias de motivación que requieren este tipo de injerencias aparece en la causa pues se trata de una investigación sobre un hecho grave, el tráfico de drogas que es objeto de investigación respecto de personas concretas a las que se imputan comportamientos que son propios de la actividad que se investiga. Las embarcaciones, la casa y otros elementos que resultan de las vigilancias y seguimientos, hasta el punto que fueron detenidos, sin realizar actuaciones con claros síntomas de haber participado en un desembarco, permiten la injerencia al apoyarse en sólidos indicios del delito grave objeto de la investigación.

Respecto a la ausencia de control judicial lo refiere respecto de que el juzgado no dispuso de un plazo de intervención concreto, lo que no se ajusta a la realidad pues en los oficios se refiere el plazo de un mes para dar cuenta de la investigación. En realidad el recurrente sostiene que durante la primera intervención ya pudo tenerse conocimiento de un nuevo delito, el secuestro y muerte de uno de los partícipes en el hecho, que debieron motivar el conocimiento inmediato al juez y si no se realizó fue por falta de control. El motivo carece de base atendible y para su desestimación nos remitimos a la sentencia de instancia que motiva extensamente como se llega al conocimiento del hecho del secuestro y muerte y su conocimiento y relación con la la investigación por el delito contra la salud pública, lo que conforma un nuevo proceso judicial al que se incorpora las diligencias de investigación nacidas en otro proceso. No es un hallazgo causal sino un hecho nuevo del que se tiene conocimiento por la aparición del cadáver y se constata su relación con otras investigaciones en curso.

**SEXTO.-** Denuncia en el segundo de los motivos de la impugnación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Todo el contenido argumental del motivo se centra en cuestionar la intervención telefónica y a partir de esa nulidad la existencia de la precisa actividad probatoria. La desestimación del anterior motivo conduce a la desestimación de este, en la medida en que las interceptación de las comunicaciones se ajustan a las exigencias legales y constitucionales reiteradamente expuestas. Por el tribunal no sólo ha tenido en cuenta esas grabaciones de las conversaciones, alguna de ellas con gran carga probatoria, además, tiene en cuenta



que los teléfonos ha sido localizados por las torres de telefonía y aunque no se haya practicado una pericial de voces su correspondencia resulta de las propias investigaciones sobre el delito que motivó la intervención telefónica. Además, se localiza en su automóvil unos guantes con restos biológicos del acusado recurrente y de la víctima. La argumentación de la sentencia, fundamento décimo, es razonable al explicar el iter probatorio que permite considerar correctamente enervado el derecho que invoca.

**SÉPTIMO.-** En el último de los motivos de la impugnación es un motivo de cierre respecto de los anteriores, pues si se han vulnerado derechos fundamentales la aplicación de los tipos penales es indebida.

El motivo se desestima con reiteración de lo anteriormente argumentado.

RECURSO DE Ovidio Y Carlos José

**OCTAVO.-** Estos dos recurrentes formalizan un primer motivo en el que denuncian la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, para lo que nos remitimos al primero de los formalizados por el anterior recurrente.

En el segundo cuestionan la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia respecto del delito contra la salud pública, de le que los dos son condenados, y respecto del delito de tenencia de explosivos por el que ha sido condenado Germán .

Para la desestimación del motivo nos remitimos al análisis de la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia que reproduce los elementos que valora y racionalmente realiza la acreditación del hecho declarado probado y la participación en el mismo de los acusados. El delito contra la salud pública resulta por la intervención de la sustancia en la vivienda que ambos ocupaban. Además, el padre reconoce ser de su propiedad y respecto del hijo porque pretende hacerla desaparecer a la llegada de la fuerza instructora, lo que da idea del conocimiento de la tenencia y a su disposición en cantidad relevante para entender desde la racionalidad, su destino al tráfico.

Respecto del delito de tenencia de explosivos, el tribunal dispone de la declaración del condenado y de la prueba pericial realizada sobre el peligro y conservación de los explosivos. Afirma en el recurso que no hay prueba sobre un elemento normativo del tipo la ausencia de titulación para el manejo de los cebos intervenidos, cuando lo que se declara probado en la tenencia en condiciones de ilicitud, fuera de los supuestos que autorizan su tenencia.

En el motivo quinto de la impugnación denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba en el que pretende sin designar un documento acreditativo de un error una nueva conformación del relato fáctico. Desde el atestado policía, concretamente la diligencia de informe, las periciales y el acta de registro, solicita una nueva conformación mas acorde con la pretensión revisora que pretende el recurrente. Pues bien ninguno de los documentos que se designan desde la impugnación acreditan por si mismo un error en el relato fáctico, y han sido valorados por el tribunal de instancia a quien compete esa función jurisdiccional.

En el motivo tercero, íntimamente relacionado con los anteriores cuestiona la juicio de observancia de la cadena de custodia respecto de los explosivos intervenidos y la sustancia tóxica. El motivo es un mero alegato de defensa pues nada se dice sobre el momento en el que, a su juicio, se produce esa ruptura, limitándose a una relación de sentencias que refieren la necesidad de su observancia extremo que no ha sido cuestionado en la instancia.

Respecto de la denuncia por error de derecho, motivo cuarto, al no considerar muy cualificadas las dilaciones indebidas declaradas concurrentes en el enjuiciamiento. Se limita a exponer que no considera procedente la calificación de simple, sino que a su juicio debió ser calificada por los ocho años de retraso en el juicio oral, destacando los dos años desde la conclusión del sumario hasta el juicio oral.

Es cierto que toda causa penal puede y debe ser enjuiciada en plazo razonable, pero la cualificación requiere una concurrencia de causas que revelen una trascendencia especial para compensar el daño producido al enjuiciamiento retrasado. En la causa, como el tribunal expone, se han tenido que practica varias periciales y son mas de ocho las partes personadas que han retrasado las actuaciones procesales, lo que motiva la aplicación de la atenuación pero no con el carácter que insta el recurrente.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



**Desestimar** los recursos de Casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Germán , D. Ovidio y Carlos José y la acusación particular de D. Belarmino y Carolina , contra sentencia dictada el día 15 de julio de 2017 en causa seguida contra el mismo, por delito de detención ilegal, asesinato, contra la salud pública y tenencia de explosivos. **Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andrés Palmo Del Arco Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ